

CEZA ve CEZA MUHALEMESİ HUKUKU

TCK. nun 173. Maddesi ile İlgili Bir İctihadı Birleştirme Kararı

TCK nun 173. maddesinin hukuki mahiyeti üzerinde, 647 sayılı kanunun kabulünden sonra hukuki tartışmalar ortaya çıkmıştır. Bu konuyla ilgili olarak, Yargıtay, 14/3/1966 tarihinde, E. 66/1 ve K. 2 sayılı bir İctihatlari birleştirme kararı vermiştir. Kararın metni şöyledir :

Türk Ceza Kanununun 173 üncü maddesinin son fıkrasındaki (tâyin olunacak bir mıntakada ikamete emniyeti umumiye nezareti altına alınmak) cezasının, sürgün cezası niteliğinde olup olmadığı 647 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesiyle kaldırılmış bulunup bulunmadığı konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Birinci Ceza Dairesi ilâmlar arasında içtihat aykırılığı olduğu Birinci Ceza Dairesi Başkanlığının yazısıyla bildirilmesi üzerine İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca ortada birleştirilmesini gerektiren içtihat aykırılığı bulunduğuna oybirliğiyle karar verildikten sonra işin esas müzakere edildi :

I — Ceza Genel Kurulunun 15/11/1965 gün ve 313/406 sayılı ilâmında, Türk Ceza Kanununun 173 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı (bir mıntakada ikamete emniyeti umumiye nezareti altına alınmak) cezasının, sürgün cezası niteliğinde olmadığı kabul edilmiş, bu cezayı ihtiva eden hüküm sanığın temyizine rağmen onanmıştır.

Birinci Ceza Dairesinin 18/11/1965 gün ve 2244/2401, 25/11/1965 gün ve 1241/2485 ve 18/12/1965 gün ve 2415/2741 sayılı ilâmlarında: Özet olarak (Türk Hukuk lüğatına göre sürgün, bir kimşenin muayyen bir yerde ikamete mecbur tutulmasıdır. Türk Ceza Kanununun 18 inci maddesinde gösterilen hususlar, sürgün cezasının aslî unsurları olmayıp bu cezanın tamamıyla infaz şekil ve usullerine taallûk eden, kanunda yerine ve icabına göre değiştirilen ka-

yıt ve şartlardan ibarettir. 173 üncü maddenin son fıkrasında yazılı (muayyen bir mıntakada ikamet mecburiyeti) esas itibariyle sürgün cezası mahiyetindedir. Bu maddede hükmün ceza olarak vasıflandırılması da bu görüşü kuvvetlendirir, denmekte ve bu cezanın dahi 647 sayılı kanunun geçici 2 nci maddesiyle kaldırılmış bulunduğ u kabul edilmektedir.

II — 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun geçici 2 nci maddesi, Türk Ceza Kanunu ile hususî kanunlarda yazılı sürgün cezalarını kaldırmış olması sebebiyle Türk Ceza Kanununun 173 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı (bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak) cezasının, sürgün cezası niteliğinde olup olmadığı söz ve içtihat konusu olmaktadır.

Sürgün cezası, Türk Ceza Kanununun 11 inci maddesinde sayılan cürümlere mahsus aslî cezalardandır.

18 inci maddede, bu cezanın ne olduğ u, süresi, infaz şekil ve şartları gösterilmiştir.

Sürgün cezası, cürümlere mahsus aslî bir ceza olduğ una göre diğer hürriyeti bağlayıcı cezalar niteliğini taşır. Yaş, aklî halet ve takdiri tahfif sebepleriyle yapılan indirmelerin sürgün cezasına da teşmili, infazının tekerrür hükümlerinin uygulanmasında esas tutulması, bu cezanın aslî bir ceza olmasından gelmektedir.

Ayrıca, Türk Ceza Kanununun 40 inci maddesine göre bir günlük mevkufiyet üç günlük sürgüne mukabil sayılır.

Türk Ceza Kanununun 173 üncü maddesinin son fıkrasına göre, birinci bapta yazılı (Devletin şahsiyetine karşı işlenen) cürümler için hükmolunacak ağır hapis cezalarına tertip edilen ceza müddetinin üçte birinden aşağı ve o müddeti geçmemek üzere tâyin olunacak bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası da ilâve olunur.

(Bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak) cezası, 28 inci maddenin (Kanunun hangi ahvalde mahkemece verilen cezaya fer'î olarak emniyeti umumiye idaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmak cezasını ilâve etmek iktize edeceğ ini kanun tâyin eder) çenilmiş olmasına binaen 173 üncü maddeye konmuştur.

Türk Ceza Kanununun 525 inci maddesine göre, 10 uncu babın (mal aleyhinde cürümler) birinci ve ikinci fasıllarında (hırsızlık,

yağma, yol kesme ve adam kaldırma) gösterilen cürümler için tâ-yin olunan cezaların müddetlerine muadil bir müddet emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmamak cezası ilâve olunur.

Bu maddedeki emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmamak cezasıyla 173 üncü maddenin son fıkrasında yazılı bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası arasında mahiyetleri itibariyle esaslı bir fark yoktur. 173 üncü maddenin son fıkrasına taalluk eden cürümlerin vahamet ve önemi sebebiyle hâkime ayrıca bu cezanın infaz yerini de göstermesi, tâ-yini öngörülmüştür.

173 üncü madde metninden, bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının bir emniyet tedbirinden ibaret olduğu açıkça anlaşılakta olduğu gibi yaş, aklî halet ve takdirî tahfif sebepleriyle bu cezadan bir indirme yapılamaması, mevkufiyette geçen günlerin bu cezadan mahsup olunamaması, tekerür hükümlerinin uygulanmasında yalnız aslî cezanın infaz edilmiş olup olmadığına bakılması da sürgün cezası niteliğinde bulunmadığını göstermektedir.

Ayrıca, iddeanamede, son kovuşturmanın açılması kararında veya esas hakkındaki mütalâada 173. maddenin son fıkrasının gösterilip ileri sürülmemiş olması hallerinde, sanığa Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 258. maddesi gereğince ek savunma hakkı verilmesine kanuni bir lüzum bulunmadığı ve bu cezanın, Türk Ceza Kanununun 525 ve 402. maddelerinde yazılı cezalar gibi asıl cezaya tabi ve onun zaruri bir neticesini teşkil ettiği de Yargıtayın tekerrür eden içtihatları cümlesindedir (Ceza Genel Kurulu, 7/6/1965 gün ve 253/527 ve İkinci Ceza Dairesinin 16/5/1947 gün ve 5282/5763 sayılı kararları).

Türk Ceza Kanununda bazı suçlar için fer'î nitelikte emniyeti umumiye nezareti altında bulundurmamak cezası mevcut olduğu halde kanun koyucu, sürgünden başka bir cezayı veya tedbiri kaldırmamıştır. Eğer bunu kaldırmak arzusunda bulursa idi 647 sayılı kanunda bunu da izhar eder ve bir hüküm getirirdi.

Sonuç : Türk Ceza Kanununun 173. maddesinin son fıkrasında yazılı (bir mıntakada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak) cezasının, sürgün cezası niteliğinde olmadığına, asıl cezaya tabi ve onun zaruri neticesini teşkil eden bir emniyeti tedbirinden ibaret bulunduğuna, bu itibarla 647 sayılı kanunun geçici 2. mad-

desiyle kaldırılmadığına, içtihat aykırılığının bu suretle giderilmesine birinci toplantıda on muhalif oya karşı 67 oy ile ve mevcudun üçte iki çoğunluğu ile 14/3/1966 gününde karar verildi»

Olay

Türk Ceza Kanununun 173. maddesinde şöyle bir hüküm yer almış bulunmaktadır : «Birinci babda yazılı cürümler için hükmolunacak ağır hapis cezalarına, tertip, edilen ceza müddetinin üçte birinden aşağı ve o müddeti geçmemek üzere tayin olunacak bir mıntıkada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası da ilâve olunur.» Devletin Şahsiyeti aleyhine cürümlerden ağır cezayı gerektiren suçlar hakkındaki bu hükmün, bir sürgün hükmü olup olmadığı tartışılmıştır. Tartışmanın kaynağını ise, 647 sayılı kanunun kabulü doğurmuştur. Zira, 647 sayılı kanunun geçici 2. maddesinde «Türk Ceza Kanunu ile hususi kanunlarda yazılı sürgün cezaları kaldırılmıştır» hükmü yer almış bulunmaktadır. Ayrıca, kanunun 1. maddesinde sayılan cezalar içinde de «sürgün» cezası yer almamış bulunmaktadır. Bu durumda, 173. maddedeki müeyyidenin de sürgün cezası olarak kabul edilmesi halinde, 173. maddenin son fıkrasının da mülga olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bu konuda Yargıtayda değişik taleplerde bulunulmuş, Ceza Genel Kurulu, 15/11/1965 gün ve 313/406 sayılı ilâmı ile, 173. maddedeki hükmün bir sürgün hükmü olmadığını kesin bir şekilde belirtmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 18/11/1965 gün ve 2244/2401 sayılı; 25/11/1965 gün ve 1241/2485 sayılı ve 18/12/1965 gün ve 2415/2741 sayılı kararlarında, 173. maddedeki hükmün mahiyeti itibariyle sürgün hükmü olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde ortaya çıkan içtihat ihtilâfını, yargıtay, yukarıdaki kararıyla halletmiştir. İçtihadı birleştirme kararı, 173. maddedeki hükmün bir sürgün hükmü olmadığını ve bu bakımdan 647 sayılı kanun hükümleri mülga olmadığını kararlaştırmıştır.

Halli gereken hukuki mesele

Türk Ceza Kanununun 173. maddesinin son fıkrasındaki, bir mıntıkada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının, sürgün cezası niteliğinde bulunup bulunmadığı, bu hükmün 647 sayılı kanunun geçici 2. maddesine göre ortadan kaldırılmış olup olmadığı halli gereken hukuki meseleyi teşkil etmektedir.

Hal mercilerinin çözüm yolları

Halli gereken hukuki problemin çözümlenmesi yönünden iki ayrı fikrin ortaya çıktığı görülmektedir :

1 — Yargıtay birinci ceza dairesi, 173. maddedeki hükmün sürgün cezası teşkil ettiğini ve bu bakımdan bu tedbirin 647 sayılı kanunun kabulünden sonra uygulanamayacağını kabul etmiş bulunmaktadır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, muhtelif kararlarında, belirttiğimiz sonuçlara varırken, belirli gerekçelerden hareket etmektedir :

a) Sürgün, bir kimsenin muayyen bir yerde ikamete mecbur tutulması anlamına gelir. Türk Ceza Kanununun sürgün ile ilgili 18. maddesindeki hükümler, sürgün cezasını tarif eden, onun karakterlerini belirten hüküm olmayıp, sadece infaz tarzını belirtmektedir. Bu bakımdan, 173. maddedeki müeyyidenin, 18. maddedeki şartlara uygun bulunması şart değildir. Aynı hukuki mahiyetteki iki müeyyidenin değişik infaz tarzlarına sahip bulunması, bunlar arasında mahiyet farkı bulunduğunu ifade etmez.

b) 173. maddenin son fıkrasındaki, muayyen bir mıntakada ikamet mecburiyeti esas itibariyle sürgün cezası mahiyetindedir. 173. maddede hükmün, «ceza» olarak vasıflandırılması da bu görüşü kuvvetlendirir. Emniyeti umumiye nezareti bir tedbirdir, halbuki 173. maddedeki müeyyideden maddede ceza olarak söz açılmaktadır. Bu ifade, 173. maddedeki müeyyidenin mahiyet itibariyle sürgün cezası olması gerekmektedir.

II — Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile Yargıtay Büyük Kurulu ise 173. maddedeki müeyyidenin sürgün cezası olmadığı kanaatine varmışlardır.

Varılan bu sonuç'a şu gerekçeler temel teşkil etmektedir :

a) Sürgün cezası, TCK nun 11. maddesinde sayılan asli cezalardandır. 18. maddede de bu cezanın asli vasıfları ve infaz biçimleri gösterilmiştir. Bu bakımdan diğer hürriyeti bağlayıcı cezalara benzer. Yaş, akli halet ve takdiri hafifletici sebepler de, bu sebeple

sürgün cezası hakkında uygulanır. Tekerrür sebebiyle de bu cezanın miktarı artırılır. Bu noktalar, sürgün cezasının asli bir ceza olduğunu göstermektedir. Ayrıca, 40. maddeye görede mevkufiyet'in sürgün cezasından mahsubu mümkündür. Halbuki aynı nitelikleri 173. maddedeki tedbirde görmemekteyiz.

b) 173. maddedeki bir mıntıkada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezası, Ceza Kanununun 28.maddesine dayanılarak o maddeye konulmuştur. Gerçekten, 28. maddede «kanunun hangi ahvalde mahkemece verilen cezaya fer'i olarak emniyeti umumiye idaresinin nezareti mahsusası altında bulundurulmak cezasını ilâve etmek iktiza edeceğini kanun tayin eder» hükmü yer almıştır. İşte 173. maddedeki hüküm, 28. maddeye uygun olarak kanuna konulmuştur. 173. maddedeki hükümle, mal aleyhine cürümlerle ilgili 525. maddedeki «emniyeti umumiye nezareti» altında bulundurulma hali arasında bir fark mevcut değildir.

c) 173. maddedeki müeyyide mahiyeti itibariyle emniyeti umumiye nezareti altında bulundurma cezasıdır. Fakat uygulanacağı suçlar vahim mahiyet taşıdıklarından kanun, ayrıca, hakime cezanın çekileceği yeri de gösterme mecburiyetini yüklemiştir.

d) 173. madde metninden, bir mıntıkada ikametle emniyeti umumiye nezareti altına alınmak cezasının bir emniyet tedbirinden ibaret bulunduğu açıkça anlaşılmaktadır. Yaş, akli halet ve takdiri hafifletici sebeplerle bu tedbirden indirme yapılması imkânı da mevcut değildir. Mevkufen geçen günler de bu cezadan indirilmemektedir. Tekerrür hükümlerinin tatbikinde de sadece asli cezanın çekilmiş olup olmamasına bakmak yeterli olacaktır.

e) 173. maddenin tatbiki ile ilgili dâvalarda son soruşturmanın açılması hakkındaki kararda, 173. maddenin son fıkrası gösterilerek bunun tatbiki istenilmiş olmasa bile, bu hüküm hakim tarafından kendiliğinden uygulanacak ve Usul Kanununun 258. maddesine göre ek savunma verilmesine ihtiyaç kalmayacaktır. Bu bakımdan asli cezanın zaruri bir neticesi olarak 173. madde uygulanmaktadır.

f) Kanun açıkça hangi cezayı kaldırmışsa, bu hüküm ancak ona münhasır olarak yorumlanabilir. Benzerlikler, kıyas ve tefsir yolu ile bu maddenin şumul sahasının genişletilmesine imkân mevcut değildir. Ceza Kanununda, bazı suçlar için fer'i müeyyideler ta-

yin edilmiştir. Kanun bunları da kaldırmak isteseydi, onları da sarahaten ifadeden kaçınmazdı.

Kanaatimiz

Biz de şahsen, 173. maddedeki müeyyidenin sürgün cezası mahiyetinde bulunmadığı ve 647 sayılı kanunun kabulü ile yürürlükten kalkmadığı kanaatindeyiz.

Gerçekten, kararda gerekçeleri uzun uzun gösterilmiş olmamakla beraber, 1. Ceza Dairesinin görüşüne iştirak mümkün değildir. Her ne kadar, gerek sürgün cezası gerek 173. maddedeki hüküm, suçlunun belirli bir yerde belirli bir süreyle ikametini icap ettirmekte ise de, bu iki müesseseler arasında mahiyet farkı mevcuttur. Aynı hukuki mahiyetteki müesseseler arasındaki infaz farklarının hukuki bünyeyi değiştirmeyeceği düşünülebilirse de, gerçekte infaz biçimi dahi o müessesenin hukuki mahiyetine dahildir. İnfaz biçimi, müeyyide hukuku yönünden müeyyidenin hukuki mahiyetini ortaya çıkartmakta, infaz sistemi hukuki mahiyetten ayrılamamaktadır. Bu bakımdan, diğer bünyesel farklar dışında, infaz yönünden mevcut farklar da sürgün cezası ile 173. maddedeki müeyyidenin farklı mahiyetlerde olduğunu göstermektedir. Bu iki müesseseler arasındaki farkları ve 173. maddenin hukuki mahiyetini aşağıda belirteceğiz. Ayrıca, 173. maddede, muayyen bir yerde ikamet mecburiyetinin «ceza» olarak isimlendirilmesi de bir delil teşkil edemez. Zira, kanunumuz bir çok yerde ceza ile tedbiri birbirinden ayırmamış ve terimleri yanlış kullanmıştır. Ayrıca, bir cezaya bağlı olarak verilen emniyeti umumiye nezareti altında bulundurulma müeyyidesi de bize göre, tedbir olmayıp cezadır. 173. maddenin bu müeyyide den ceza olarak bahsetmesi hukuka aykırı olmadığı gibi, maddede bu müeyyidenin ceza olarak isimlendirilmesi, bu cezanın mutlaka sürgün cezası olacağını da ifade etmez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve İçtihat kurulunun vardıkları sonuçları benimsemekle beraber, bazı gerekçelerine iştirak etmemekteyiz.

Gerçekten, İçtihat kararında, sürgün cezasının asli ceza olduğu buna karşılık 17. maddedeki hükmün tedbir teşkil ettiği ve bu bakımdan tekerrür sebebiyle artmayacağı, tekerrüre esas teşkil etmede çekilmiş olup olmamasına önem verilmediği, akli halet, yaş küçüklüğü, takdiri hafifletici sebep yönünden bu tedbirin etkilen-

meyeceği ileri sürülmektedir. Bu beyan iki bakımdan kanaatimizce, yerinde değildir. Gerçekten :

a) Tevhidi İctihat kurulunun belirttiği bu özellikler doğru olsa bile, yine de 173. maddedeki müeyyide bir tedbir olmayıp fer'i cezadır. Kanunumuz teknik anlamında emniyet tedbirlerini düzenlemiş değildir. Zaten, emniyet tedbirleri kavramı bizim kanunun me-hazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu yapıldığı sırada mevcut bulunmamaktaydı. Bugün sadece, akıl hastaları, sağır dilsizler ve isnat kabiliyeti olmayan küçükler hakkında alınan tedbirleri emniyet tedbiri olarak kabul edebilmemiz imkânı mevcuttur¹. Ayrıca, 647 sayılı kanunda yeni bazı tedbirleri mevzuatımıza getirmiştir. Em-niyeti Umumiye nezareti müstakil bir ceza mahiyetini taşımaktadır. Nitekim, TCK nun 28. maddesinin ifadesinden de, bu müeyyi-denin bir ceza olduğunu anlamaktayız. Mahiyeti bakımından bu müeyyide bir tedbir olsa bile, kanunumuz bunu bir ceza olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

b) 173. maddedeki müeyyidenin yaş, akli halet, akıl hastalığı tekerrür gibi nedenlerden etkilenmediği de doğru değildir. Zira, ka-nun 173. maddede, muayyen bir mıntakada ikamet mecburiyeti müeyyidesinin miktarı sabit olmayıp, verilecek esas cezaya oranla tesbit edilmektedir. Müeyyide, suç hakkında verilen ağır cezaya oranla tesbit edilmektedir. Müeyyide, suç hakkında verilen ağır ce-zanın üçte birinden tamamına kadar bir müddetce verilecektir. Bu bakımdan, yaş, takdiri hafifletici sebep, tekerrür, akli halet sebe-biyle esas cezasının artması veya azalması halinde dolaylı olarak, ikamet mecburiyetinin de müddeti de uzayıp kısalmaktadır. Yani, sözü edilen hallerde ikamet mecburiyeti de etkilenmektedir. Esas cezadaki sözü geçen sebeplerle meydana gelen değişiklikler, ikamet mecburiyetinin müddetini de dolaylı ve kesin bir şekilde değiştirmektir.

İctihadi birleştirme kararında belirtilen diğer bir gerekçe üze-rinde de durmak gereklidir. Tevhidi içtihat kararında, 647 sayılı kanunun sadece sürgün cezasını ilga ettiğinden, benzerliklerin kı-yas yoluyla 647 sayılı kanunun geçici 2. maddesine ithal edilemeye-

1) Bk. DÖNMEZER - ERMAN, Nazari tatbiki ceza hukuku, II, İstan-bul 1966, 762

ceği ve kanun 173. maddedeki tedbiri de kaldırmak isteseydi bunu açıkca belirteceği ifade olunmaktadır. Bu bir gerekçe değildir. Zira, eğer 173. maddedeki müeyyidenin sürgün cezası mahiyetinde bulunduğu kabul edilecek olursa, 647 sayılı kanun tabiatıyla bu hükmü de ilga etmiş olacaktır. İlgaın gerçekleşebilmesi için kanunun açık bir şekilde 173. maddeden bahsetmesi şart değildir. 173. maddedeki durumun bir sürgün cezası olduğu kanaatine varıldığında, bunun da mülga bulunduğunu kabul etmek, ne kıyas, tefsir ve ne de benzerlikten hüküm çıkarmaktır. Bu bakımdan önemli olan, sürgün cezası ile belirli yerlerde ikamet mecburiyetinin hukuki, bünyesel yapılarını tesbit edebilmektedir. Eğer, 173. maddedeki müeyyide değilse, tabiatıyla 647 sayılı kanunun şumulüne girmeyecektir. Yok sürgün mahiyetinde ise bu durumda da tabiatıyla 647 sayılı kanun 173. maddedeki hükmü kaldırmış olacaktır.

Kanunumuzun 173. maddesinin son fıkrasındaki hüküm, 1889 İtalyan Ceza Kanununun 138. maddesinden alınmıştır. Sadece İtalyan Kanununun 138. maddesi ile kanunumuzun 137. maddesi arasında fark mevcuttur. 1889 Kanununun 138. maddesinde aynen şöyle denilmektedir : «Bu baba göre tesbit edilecek beş seneden fazla ağır hapis cezalarında amme emniyeti makamlarının nezareti de ilâve edilebilir». Görüldüğü gibi, hem hakim bu cezayı tatbik edip etmemekte serbest bırakılmış ve hem de belirli bir bölgede bu cezanın çektirilmesi şart koşulmamıştır. Nitekim bizim kanunumuzun ilk şeklinde dahi, hakim belirlenmiş bir yeri tayin etmesi şartı mevcut değildi ve bu şart 3531 sayılı kanunla kanunumuza eklenmiştir².

Madde esas itibariyle, belirli suçlarda hakim takdir yetkisini kısıtlamak amacını taşımaktadır. Maddenin metni bakımından mehzaz kanunun 138. maddesiyle maddemiz arasındaki farklar, kanunumuzdaki hükmün hukuki mahiyetinin tartışılır olmasına yol açmıştır. Gerçekten 1889 kanununun 28. maddesine göre, genel olarak hapis cezalarının sonunda emniyet nezareti cezasının verilebilmesi için kanunda bu hususda sarahat bulunması gereklidir. Ağır cezalı suçlarda ise, bu cezanın tatbiki hakim takdirine bırakılmıştır. 138. madde, bir bakıma 28. maddeye istisna teşkil etmekte ve hem hapis ve hem de ağır hapsi gerektiren hallerde bu cezanın tatbikini haki-

2) 3531 sayılı kanun gerekçesinde bu değişikliğin devletin emniyetinin daha iyi korunması için yapıldığı belirtilmektedir. Bk. Tut. Der. Dev. V, C. 26, 23. V. 1938 tarihli gerekçe.

min takdirine bırakmaktadır; cezanın tatbikini ihtiyari kabul etmektedir³.

Kanunumuz ise, cezayı hapis cezaları için kabul etmemiş ve ağır hapis cezalarına mahsus saymıştır. Ağır hapis cezasını gerektiren hallerde ise cezanın tatbikini mecburi saymış ve hakimın takdir yetkisini kabul etmemiştir. Bu şekilde kanunumuzun 28. maddesinin son fıkrasında hakime tanınan yetki tahdit edilmiştir. Diğer bir deyişle, İtalyan Ceza Kanunu hakimın takdir yetkisini genişletirken bizim kanunumuz bu yetkiyi daraltmıştır. Bunun neticesinde de, emniyet nezareti altında bulundurma, İtalyan Kanunu bakımından tedbir iken, bizim kanunumuz yönünden ceza mahiyetini almıştır⁴.

Kanunumuz müeyyideyi zorunlu bir hale getirmekle de yetinmeyerek ayrıca nezaret altında bulundurulması müeyyidesi yanında muayyen bir yerde ikamet mecburiyetini vaz etmiştir. 173. maddedeki müeyyidenin sürgün sayılabılıp sayılamayacağı endişesinde bu sebeple ortaya çıkmıştır. Gerçekten, gerek sürgün gerek 173. maddedeki durumda suçlu belirli bir mahalde ikamet mecburiyetine tabi tutulmaktadır. Bu sebeple, iki müeyyide arasında köklü benzerlik mevcuttur ve fakat yine de 173. maddedeki durumu sürgün olarak kabul etmememiz gerekir.

Bu sonuca varırken şu suali cevaplandırmamız gerekir : muayyen yerde oturmaktan maksat nedir? Bunu sürgün cezası olarak anlayıp sürgün cezasının infazına ve mahiyetine uygun kaideleri uygulayıp 647 sayılı kanunla kalkmış mı kabul etmek gerekir? Kanaatimizce, bu hükmü, nezaret altında bulundurma cezasının mahiyetinden doğan özel bir hüküm olarak kabul etmek gerekir. Zaten 3531 sayılı kanun gerekçesinde de, «faillerin kontrol altında tutularak devletin emniyetinin sağlanması» amacının güdüldüğü belirtilmekte ve «bir mıntıkada ikamete memur edilmek suretiyle emniyeti umumiye nezareti altına alınacaklarına dair hüküm ilâve edilmiştir» denilmektedir⁵. Bu ifaden de anlaşılacağı gibi, bir yerde ikamet mecburiyeti nezaret altında bulundurulmanın muhtevasını teşkil etmektedir. Zaten muayyen bir yerde oturma hususu genel olarak ağır cezalı suçlarda nezaret altında oturma cezasının tabii netice-

3) MANZINI, Trattato di diritto penale (1921), IV, 359 - NOSEDA, in PESSINA, 232 - CRIVELLARI, Codice Penale, V, 368

4) Bu cezanın mahiyeti için bk. DÖNMEZER - ERMAN, II, 734

5) 23. V. 1938 tarihli ve 6/2165 sayılı gerekçe. Dev. V, C. 26

sinden olarak kabul edilmek lâzım gelir. Ceza Kanunumuzun 28. maddesi, hapis cezalarına ek olarak bu cezanın verilmesi halinde mahkûmun ikamet etmek istediği yeri kendisinin zabıta makamlarına beyan edeceğini belirtmektedir. Buna karşılık ağır hapis mahkûmiyetlerine bağlı olarak müeyyidenin tatbik edildiği hallerde hâkimin tahmil olunacak mecburiyetlerin müddet ve mahiyetini takdirin tayin edebileceği 28. maddede belirtilmektedir. Tabiatıyla failin muayyen bir yerde oturtulması veya bir yerde oturtulmaması şeklinde bir muhtevayı da hakimin takdir hakkı vardır. Her ne kadar Ceza Kanununun mevkiî meriyete vaz'ına dair kanunun 12. maddesinde, hükümlünün ikamet edemeyeceği yerlerin gösterileceği belirtilmiş ise de⁶, ağır hapis cezasını müstelzim suçlar için 28. maddede hakime mutlak yetki verilmiştir ve ikamet yerinin tayini hususunda zabıtaya yetki tanınmamıştır. Bu durumda, hakimin belirli bir yerde ikamet mecburiyetine karar verme yetkisini tabii olarak kabul etmek gerekir. 173. madde, hakimin ikamet yerini tayin hususundaki yetkisini mecburi hale getirmiştir. Nitekim, 173. maddenin dahi sadece ağır hapis cezasından bahsetmesi⁷, ağır hapis cezası ile hapis cezasına ek olarak sözü geçen müeyyidenin tatbikinin birbirinden farklı olacağını göstermektedir⁸. Bu durum genel olarak ağır hapis cezasını icap ettiren mahkûmiyetler halinde hakimin yer tayini hususundaki yetkisinin mevcudiyetini göstermektedir. Gerçekten, 173. madde mahiyeti itibariyle, sürgün cezasından farklı olup, ağır cezalı suçlarda hakimin takdirde serbest bulunduğu bir hususu kanunen tayin eden bir maddeden ibarettir. 173. madde bu yapısı içinde, 28. maddenin son fıkrasının bir istisnası, onu belirli suçlar bakımından tamamlayan bir hükümdür. Devletin şahsiyeti aleyhine cürümlerden hapis cezasını gerektiren hallerde ise, 28. maddenin ilk fıkrası tatbik edilecektir.

Sürgün cezası ile 173. maddedeki ceza arasında mahiyetinden doğan hüküm farkları da mevcuttur. Gerçekten, 173. maddeye göre

6) Yargıtay daha eskiden verdiği bir karar da, nezaret altına alınma cezasının bir yerde ikamet cezasını da muhtevi bulunması sebebiyle sürgün cezası sayılacağını belirtmişti (bk. 4. CD., 14/3/1942 tarih ve 2265/437 sayılı kararı, bk. KÖSEOGU, 44).

7) 173. madde sadece ağır hapis cezasının hükmolunacağı suçlardan bahsetmekte ise de, bu ceza verilen hükme göre uygulanacağından esas itibariyle ölüm cezasını müstelzim suçlarda, herhangi bir sebeple ağır hapis cezası verilmesi halinde de 173. madde uygulanabilir.

8) Bk. Adalet Bakanlığının 18/3/1937 tarihli tebliği. KÖSEOGU, 43

tayin edilecek ikamet mahallinin sürgün cezasındaki şartları muhtevi bulunması şart değildir. Nezaret altında bulundurma cezasının ayrıca ceza mürürzamanına tabi bulunmadığı ve asli ceza ile birlikte mütalâa edileceği, Adalet Bakanlığının bir tebliğinde belirtilmiştir⁹.

Netice itibariyle, 173. maddedeki müeyyidenin sürgün cezası sayılamayacağı, nezaret altında bulundurma cezasının özel bir şekilden ibaret bulunduğu ve 647 sayılı kanun hükümlerine göre ilga edilmiş olmadığı kanaatindeyiz.

Doç Dr. Çetin ÖZEK

Kocanın Zinası Suçunda Kadının Rızası ve Rızadan Rücuu Konusunda Bir İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay, 23/5/1966 gün ve E. 3/K. 5 sayılı tevhide içtihat kararında, kocanın zinası suçunda kadının rızası ile ilgili şu sonuçlara varmıştır :

«Kocasının, başkasiyle evli olmayan bir kadınla karı koca gibi yaşamak suretiyle zina etmesine; önceden rıza göstermiş olan karının, zina fiilinin vukuundan sonra ve kanunî süre içerisinde şikâyet etmesi halinde zina suçunun kanunî unsurlarıyla teşekkül edip etmeyeceği hakkında Yargıtay 5 inci Ceza Dairesinin 19/10/1965 gün ve 965/3149 esas ve 3169 sayılı ilâmiyle 26/10/1965 gün ve 1965/2154 esas ve 3289 karar sayılı ve 17/11/1965 gün, 1965/3054 esas ve 3533 karar sayılı ilâmları ve ayrıca Yargıtay 4 üncü Ceza Dairesinin 11/3/1960 gün ve 623 esas ve 2837 karar sayılı ilâmiyle Ceza Genel Kurulunun 10/1/1949 gün ve 299 - 39 esas ve 45 karar sayılı ilâmı arasında içtihat ihtilâfları tahaddüs ettiğinden işbu mübayin içtihadların tevhide içtihat yoluyla halli lüzumuna dair Yargıtay 5 inci Ceza Dairesi Başkanlığının 3/5/1966 gün ve 149 sayılı yazısı üzerine Birinci Başkanlıkça mezkûr ilâm suretlerini muhtevi dosyanın havale edilmesine binaen Tevhidi İçtihat Büyük Heyetinde keyfiyet müzakere ve ilâmlar arasındaki ihtilâf ve mübayenetlerin mevcudiyeti oy birliği ile tesbit olunduktan sonra işin esası görüşülüp konuşuldu :

9) Bk. Adalet Bakanlığının 18/3/1937 tarihli ve 28 sayılı tebliği.

Zina fiilinden dolayı ceza kovuşturmasının yapılması için Türk Ceza Kanununun 443 üncü maddesine göre şikâyetin mevcudiyeti şarttır. Tahkikatın her safhasında şikâyetten vazgeçilmesi mümkün olduğu gibi 444 üncü madde sarahatınca şikâyete bağlı diğer suçlardan farklı olarak hükmün infazı sırasında da vukubulan vazgeçme cezanın çektirilmesine mânidir. Bu suretle zina fiili şikâyetin yapılmasıyla ve devamı müddetince suç mahiyetini taşır şikâyetin hiç yapılmaması halinde ahlâka mugayir bir fiil vasfında kalır. Bu itibarla fiilin başlamasından önce tarafların aralarında yaptıkları sözlü veya yazılı anlaşma ile geleceğe ait karşılıklı dâva hakkından vazgeçme ceza hukuku bakımından bir sonuç doğuramayacağı gibi zina olayına karının önceden muvafakatini belirten davranış tarzı da şikâyet hakkını ortadan kaldırmaz. Cezayı icap ettiren bir olaydan şikâyet etmek hakkı şahsiyet ile ilgili medenî haklardandır. Medenî Kanunun 23 üncü maddesi uyarınca bir kimse medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun vazgeçemez. Türk Ceza Kanununda karının veya kocanın zinasına diğer eşin evvelce muvafakat etmiş olması hali şikâyet hakkını önleyecek bir olay olarak kabul edilmemiştir. Bundan başka zina fiilinin başlamasından evvel kadının kocasının evli olmıyan bir kadınla zinasına önceden muvafakat etmiş olması veya muvafakatını belli edecek şekilde davranmış bulunması Türk Ceza Kanununun 108 inci maddesinde yazılı 6 aylık süre içinde şikâyet hakkını kullanmasına engel olamaz.

Sonuç : Kocasının, başkasiyle evli olmayan bir kadınla zina yapmasına önceden müsaade veya muvafakat eden bir kadının fiilin işlenmesinden sonra Türk Ceza Kanununun 108 inci maddesindeki süre içinde vuku bulunan şikâyetinin geçerli bulunduğuna üçte ikiyi aşan çoğunlukla 23/5/1966 gününde karar verildi.»

Olay

Bir kadınla evli bulunan erkeğin başka bir kadınla karı koca gibi birlikte yaşamalarına izin vermiş olan kadının daha sonra fiilin işlenmesini müteakkiben şikâyette bulunup bulunamayacağı, diğer bir deyişle peşin rızasına rağmen, kadının sonra rızasını geri almasının ve koca aleyhine bir dâvayı tahrik edebilip edemeyeceğinin tartışması yapılmıştır. 5. ve 4. Ceza Dairelerinin kararları ile Ceza Genel Kurulunun kararları bu sorunları ayrı ayrı çözümlemiş ve sonuçta tevhide içtihat yoluna gidilmesi zorunluluğu doğmuştur.

Halli gereken hukuki problem

Kocanın zinası suçunda, erketin karısı tarafından fiilin işlenmesinden önce dermeyan edilen rıza mutebermidir? Rızasını beyan eden eş, fiilin işlenmesinden sonra şikâyette bulunabilirmi, bu rıza mutebermidir?

Tevhidi içtihat kararı bu soruları cevaplandırmak için çıkmış bulunmaktadır.

Hal mercilerinin çözüm yolları

Halli gereken hukuki sorunların çözümlenmesi yönünden iki ayrı görüşün ortaya çıktığı görülmektedir :

1 — Yargıtay Ceza Genel Kurulunun muhtelif kararlarında, evli kocanın eşinin, kocasının zinasına fiil işlenmeden önce rıza göstermesinin, suçun teşekkülüne engel teşkil edeceği kanaatine vardığı anlaşılmaktadır. Fiilin işlenmesinden önceki rızanın muteber sayılması durumunda, rızasını beyan eden eşin, fiilin ikainden sonra artık şikâyet hakkının kalmayacağı, böyle muteber bir rızanın bir anlama şikâyet hakkından vazgeçme anlamını taşıyacağı açıktır.

Varılan bu sonuçların ne gibi gerekçelerle dayandığı kararda gösterilmiş, Tevhidi İçtihat kararının vardığı sonuçların aksi olan görüşün dayanak noktaları açıklanmış değildir. Fakat, genel olarak böyle bir kararın ne gibi gerekçelere dayanacağı tahmin edilebilir :

a) Kocanın zinası suçu takibi şikâyete bağlı bir suçtur. Eşin şikâyet etmemesi halinde fiilden dolayı takibat yapılamamaktadır. Fiilin işlenmesinden sonra muteber olan şikâyetten vazgeçme veya feragat fiilin işlenmesinden önce de muteberdir.

b) Evlilik ilişkileri, iki eş arasında ve ortak olarak tasarruf edebildikleri bir konudur. Bu bakımdan, evlilik birliğini ve bu konunun düzenlenişini koruyan hukuk normları fiilin takibini eşin şikâyetine bağlı tutmuştur. Fiilin takibinin şikâyete tabi tutuluşu, eşlerin bu konudaki özgür tasarruf yetkilerinin mevcudiyetini gösterir. Bu şekilde mutlak bir tasarruf yetkisinin bulunduğu durumda eşin, bu yetkisini fiilin işlenmesinden öncede kullanması mümkündür.

c) Nihayet, şikâyetin mevcudiyetini, rızanın mevcut bulunmamasını daireler bir önşart olarak dahi kabul etmiş olabilirler. Rızanın mevcut olmaması bir önşart olarak kabul edilince, eşin rızasını beyan edişi fiilin önşartını ortadan kaldırmakta ve fiil artık cezalandırılmamaktadır.

II — Yargıtay 4. ve 5. Ceza Dairelerinin ve Yargıtay Tevhidi İçtihat Kurulunun görüşü ise aksi bir yolda biçimlenmiştir. Gerçekten, Tevhidi İçtihat kararında fiilin işlenmesinden önce beyan edilecek rızanın muteber olamayacağı ve bu rızanın beyanına rağmen, sonra eşin şikâyette bulunabileceği ve bu durumda fiil hakkında dâva cereyan edebileceği kabul edilmektedir. Tevhidi içtihat kararında bu sonuca varılırken dayanılan gerekçeler şöylece özetlenebilir :

a) Zina fiili şikâyetin yapılması ve devamı süresince suç teşkil etmektedir. Şikâyetin yapılmaması halinde ise fiil sadece ahlâka aykırı bir fiil olarak kalmaktadır.

b) Fiilin işlenmesinden önce yapılan anlaşmaların ve kocanın eşince takınılan tavrın, ileriye ait dâvadan vazgeçme anlamına gelmesi mümkün değildir. Şikâyet hakkı bu şekildeki muamelelerle ileriye matuf bir şekilde ortadan kaldırılamaz.

c) Cezayı icap ettiren bir olaydan şikâyet etmek hakkı şahsiyet ile ilgili medeni haklardandır. Medeni kanununun 23. maddesi uyarınca bir kimse medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun vazgeçemez. Bu konuda, Tevhidi İçtihat kararının hakkın doğumundan önce ve sonra vazgeçme konusunda bir ayırım yapmadığı da göze çarpmaktadır.

d) Ceza Kanunumuzda, eşin rızasının fiili ortadan kaldıracığı hususunda bir sarih hükme tesadüf edilmemektedir. Şikâyet hakkını tanıyan kanunda, eşin rızasının bu hakkı ortadan kaldıracığı hususunda bir hüküm ve sistem yoktur. Onun için eşin fiilden önceki fiile rızasının şikâyet hakkını ortadan kaldırması ve bu bakımdan rızasını beyan eden eşin sonra şikâyet ederek dâvayı tahrik edememesi söz konusu edilemez.

e) Zina fiilinin başlamasından evvel kadının kocasının evli olmayan bir kadınla zinasına rıza gösterdiğini ve bu rızanın özgür bir şekilde beyan edildiğine işaret ederek, artık eşin şikâyet hakkının kalmayacağı kanaatine varmak, kadının sosyal durumuyla uy-

gun düşmemektedir. Bu şekilde bir hal tarzı, hem kadını küçük düşürücü ve hem de kadını erkeğe nazaran daha aşağı seviyede tutucu bir görüş tarzı olmaktadır.

İşbu sebeplerle, tevhide içtihat kararına göre, eşin rızası onun Ceza Kanununun 108. maddesine göre mevcut fiile ve faile ittiladan itibaren altı aylık süre içinde şikâyet edebilmesi hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Bu süre içinde yapılacak şikâyet geçerli sayılmak lâzım gelir.

İlk önce şunu belirtmek gerekir ki, prensip olarak, Tevhidi İçtihat kararının vardığı sonuca biz de iştirak etmemekteyiz. Bize göre, zina yapan kocanın eşinin fiilin ikaından önce beyan edeceği rızanın hiç bir hukuki önemi mevcut değildir. Bu bakımdan eş rızasını beyan etmiş olsa bile fiilin işlenmesinden sonra mevcut bu rıza hiç bir hukuki değer taşımayacak ve eşin yine de şikâyet hakkı mevcut bulunacaktır, şeklindeki görüş kabul edilemez.

Sonuç bakımından Tevhidi içtihat kararı ile aynı görüşte bulunmamakla beraber, gerekçeler yönünden de bazı üzerinde ayrıca durulması gereken noktalarda mevcut bulunmaktadır. Bu sebeple, önce yargıtayın bazı görüşlerine işaret etmek, konuyla ilgili doktrindeki görüşleri belirtmek ve vardığımız sonuca ait temel noktaları saptamak istiyoruz.

I — *Yargıtayın tenkit edilebilecek görüşleri* : Yargıtay sonuç bakımından kabule şayan bir görüşe varmakta ise de, şahsen bazı gerekçelerinin hatalı ve eksik olduğu zannındayız. Ayrıca, genel olarak Tevhidi İçtihat kararının işin derinine inemediği ve konuyla ilgili mağdurun rızası, şikâyetten vazgeçme, şikâyetten feragat, şikâyet hakkından feragat gibi konular üzerinde durmadığı da göze çarpmaktadır. Tenkidi gerekli olan noktalara gelince :

a) Yargıtay Tevhidi İçtihat kararında, zina fiilinin şikâyetin yapılması ve devamı süresince suç teşkil ettiğini ve şikâyetin yapılmaması veya geri alınması halinde de fiilin sadece ahlâka aykırı bir fiil sayılacağı görüşünü açıkca belirtmektedir. Bu görüşün tabii sonucu olarak, şikâyetin vaki olmaması halinde fiil suç teşkil etmez görüşü olmaktadır.

Kanaatimizce Yargıtayın bu görüşü benimsenebilecek gibi değildir. Zira, fiili suç haline getiren husus şikâyet değildir. Şikâyetin vukuundan önce de fiil suçtur ve cezalandırılabilen bir fiil de mev-

cuttur. Sadece bu fiilin takip şartı eksik durumdadır. Hemen şunu belirtmek gerekir ki, zaten şikâyet hakkının kullanılabilmesi için, cezalandırılabilen ve kanuni tarife uygun bir fiilin mevcut bulunması gereklidir. Cezalandırılabilen, kanuni tarife uygun bir fiilin mevcut olmaması halinde zaten şikâyet hakkından ve şikâyetin icrasından da söz açılmaz. Nitekim, Ceza Kanunumuzun 99. maddesinde, «Takibat yapılabilmesi dâva veya şikâyete bağlı suçlarda ...» denilmek suretiyle, şikâyetin ancak suç teşkil eden bir fiilden dolayı olabileceği açıkça belirtilmiştir. Aynı şekilde, TCK nun 108. maddesinde de, «Takibi ancak şahsi dâva ikamesine bağlı olan fiil hakkında...» denilmek suretiyle ve «fiil» tabiri de kanuni tarife uygun suçu ifade ettiğine göre, şikâyet hakkının suçun işlenmesine bağlı olduğunu belirtmiştir. Bu kanuni ve doktrinel açıklık karşısında, suçun ancak şikâyetin vukuu halinde teşekkül edebileceğini ileri sürmek mümkün değildir.

Cezalandırılabilme şartlarının mevcudiyetinin arandığı hallerde dahi, fiilin tamamlandığı ve ancak cezalandırılmadığı kabul edilirken mantıki sıra yönünden cezalandırılabilme şartlarından sonra gelen takip şartlarının gerekliliği halinde, suçun tamamlanmasının veya fiilin suç teşkil edebilmesinin şikâyet hakkının kullanılmasına bağlı olduğunu ileri sürebilmek mümkün değildir.

Takibi şikâyet bağlı bir suçun mevcudiyeti halinde, şikâyet hakkı kullanılsa da kullanılmıyorsa fiil tamamlanmışsa o suçtur. Fakat şikâyet hakkının kullanılmaması, suç teşkil eden fiili ceza hukukunu ilgilendirmeyen bir duruma getirmez. Şikâyet hakkının kullanılmaması durumunda cezalandırılabilen ve fakat takip edilemeyen bir suçtan bahsetmek icap eder. Bu iki kabul tarzının ceza hukuku pratiği yönünden de önemi vardır. Meselâ, birkaç kişi birlikte hırsızlık suçu işleseler ve fakat şeriklerden biri hakkında dâva ikamesi TCK nun 524. maddesine göre şikâyete bağlı olsa, şikâyet fiilin suç teşkil edebilmesi için şartsa, hırsızlık suçu mağdurunun şikâyet etmemesi halinde, sadece 524. madde hükmüne bağlı olan şeriki değil ve fakat diğer şerikleri de cezalandırmamak icap edecektir. Çünkü şikâyet vuku bulmadığına göre ortada suç teşkil eden bir husus mevcut değildir. Halbuki şikâyetin vuku bulmaması halinde sadece takip edilemeyen bir fiilin mevcudiyeti kabul edilecek olursa, 524. maddeye tabi şerik cezalandırılmıyorsa dahi, fiil esasında suç teşkil ettiğinden diğer şerikler hakkında dâva açıp haklarında ceza uygulamak mümkün olabilecektir.

b) Yargıtay, şikâyet etmek hakkının şahsiyet ile ilgili medeni haklardan ibaret bulunduğunu ve bu bakımdan bundan vazgeçebilmesinin Medeni Kanununun 23. maddesine göre mümkün olamayacağını kabul etmektedir. Yargıtayın bu görüşü prensip olarak doğrudur. Fakat bu konuda bir ayırımın yapılması da gerekmektedir.

Gerçekten, şikâyet hakkı fiilin işlenmesi ile doğmaktadır. Fiil işlenmeden ve dolayısıyla hakkın doğumundan önce bir haktan pesinen vazgeçmek, feragat mümkün olamayacaktır. Bu konuya aşağıda yine temas edeceğiz. Buna karşılık, şikâyet hakkına sahip bulunan bir kişinin, hakkın doğumundan sonra bu hakkı kullanmaktan feragat etmesi mümkündür. Şikâyete bağlı bir suçun mağduru olan kimse, şikâyet müddetinin dolmasını beklemeksizin şikâyet hakkını kullanmayacağını beyan ettiği veya bu iradesi bir takım harici fiil ve hareketlerle tezahür eylediği takdirde, şikâyet hakkından feragatin mevcudiyetinden bahsedilir. Bu durumda artık mağdurun yeniden şikâyette bulunabilmesi imkânı da kalmaz. Nitekim 1930 İtalyan Ceza Kanununun 124. ve Yunan Ceza Kanununun 117. maddesinde şikâyet hakkından feragatten söz açılmaktadır. Bizim kanunumuzda bu konuda bir hüküm mevcut bulunmamakla beraber, bu hakkı kullanmaktan vazgeçmenin mümkün olduğunu bizim sistemimiz içinde de kabul etmek gerekir¹. Nitekim, İtalyan, yargıtayda bir tevhide içtihat kararında, 1889 kanununun uygulanması sırasında şikâyet hakkından feragatin mümkün olamayacağını belirtmişken, doktrin bunun mümkün olabileceğini ifade etmiştir².

Fiilin işlenmesinden önce beyan edilen şikayetten feragat anlamındaki rıza beyanı ile fiilin işlenmesinden sonra şikâyet hakkından feragati birbirinden ayırmak bu bakımdan gereklidir. Hakkın doğumundan sonra haktan feragat, medeni kanunun yasakladığı anlamda bir feragat sayılmaz.

c) Yargıtay kararında, ceza kanunumuzda eşin rızasının fiilin suç olma vasfını ortadan kaldıracağı hususunda sarih bir hüküm bulunmadığı ve bu bakımdan rızanın muteber olamayacağı da belirtilmektedir. Kanaatimizce, mağdurun rızasının muteber olabil-

1) DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, III, İstanbul 1965, no. 2077 - 2078

2) MASUCCI, in PESSİN A, III, 246 - 247. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 10.1.1949 tarihli ve 299 - 39/45 sayılı bir kararında şikâyet hakkından feragati kabul etmiş bulunmaktadır. Bk. Perinçek - Özden, 691 - 692.

mesi için, bu hususda kanunda açık bir hüküm bulunmasına ihtiyaç yoktur. Mağdurun rızası, fiili hukuka uygun bir hale getiren bir durumdur. Bu şekildeki hukuka uygunluk sebepleri, kanunda yer almayan ve hukukun genel prensiplerinden ortaya çıkan durumlardır. Yargıtay rızanın muteberiyeti hususunda kanunda bir hüküm bulunmadığını belirtmek suretiyle, burada mağdurun rızası müessesine başvurmuş olmaktadır. Bu nedenle hareket edince, bu konuda kanunda açık bir hüküm aramaya ihtiyaç yoktur. Rızasını beyan eden mağdurun rızasına konu teşkil eden menfaat üzerinde hukuken tasarruf yetkisinin bulunup bulunmaması incelenmek lâzım gelir. Mağdurun bu konuda bir tasarruf yetkisinin mevcudiyeti halinde rızayı, kanunda bulunsun bulunmasın muteber kabul etmek gerekir. Nitekim, örneğin nası ızzar suçunda mağdurun rızasının fiili suç olmaktan çıkartacağı hususunda sarih bir hüküm mevcut değildir. Fakat, mağdurun fiilin işlenmesinden önce mevcut rızası ile onun bir malına kasten zarar veren şahsın fiili suç teşkil etmeyecektir.

İşbu durumda, Yargıtay konuyu mağdurun rızası müessesesi ile halletmek istiyorsa, mağdurun bu konuda rızasının muteber olup olmayacağı noktası üzerinde durması gerekirdi.

II — *Doktrinde konuyla ilgili düşünceler* : Kocanın zinası fiili işlenmezden önce eşin rızasının fiili suç olmaktan çıkartıp çıkartmayacağı, sonra eşin yeniden şikâyet hakkının bulunup bulunmayacağı konusu Türk ve yabancı ceza hukuku doktrininde de incelenmiştir.

Bazı düşünörlere göre, rızanın eş tarafından fiilin işlenmesinden önce dermeyanı halinde, artık sonra eşin bu konuda şikâyet edemeyeceği kabul edilmiştir. Bu fikir özellikle Alman düşünörlereince benimsenmiştir. Binding, Holer, Allfeld, Olshausen, Kries gibi Alman cezacıları, bu konuda, eşin fiilin işlenmesinden önceki rızasının muteberriyetini kabul etmekte ve eşin şikâyet hakkının kalmayacağını belirtmektedirler. Bununla beraber, aynı görüşte olmayan, Halschenker ve Kiehl gibi Alman düşünörleri de mevcuttur³. Grispigni, Alman müelliflerinin çoğunluğunun bu görüşte oluşunu, zina konusunda Alman Medeni Kanununun hükümleri yönünden izah etmektedir. Alman Ceza Kanununun 172. paragrafı, zinayı, an-

3) Zikreden: GRISPIGNI, Il Consenso dell'offeso, Athénaeum 1924, 589

cak aynı sebeple boşanma dâvasının da açılmış olması şartıyla cezalandırmıştır. Alman Medeni Kanununun 1565. paragrafına göre de, zina konusunda eşin rızası, onun boşanma dâvası açmak konusundaki hakkının kaybına sebebiyet vermektedir. Bu sebeple, Alman cezacıları, rızanın muteber olduğu görüşündedirler⁴.

Fransız hukuku yönünden de konu tartışmalıdır. Konu Fransız Ceza Kanununun kabulünden önce dahi doktrin tarafından tartışılmıştır. Çoğunluk rızanın etkisini kabul etmekteydi. Ceza Kanununun 339. maddesinin kabulünden sonra, şikâyet konusunda maddede hüküm bulunmaması sebebiyle, bazı cezacılar, rızanın vazgeçme sayılacağını belirtmişlerdir⁵.

İtalyan hukukundaki duruma gelince: Eski roma hukukunda, eşin rızasının bir önemi yoktu. Daha sonra kanonik hukukda da rıza fiili suç olmaktan çıkartmasa da, eş şikâyet hakkını kaybetmekteydi. Ortaçağ İtalyan hukukunda ise, yine rızanın bir değer taşıyamayacağı ifade edilmiştir⁶. 1889 İtalyan Ceza Kanununun kabulünden sonra günümüze kadar geçen devre bakımından ise İtalyan doktrinini üç gruba ayırabilmek mümkündür :

a) Birinci grup ceza düşünürü, Carrara'nın etkisi ile, rızanın fiili hukuka uygun bir duruma getiremeyeceğini ve fakat eşin şikâyet hakkını da kaybedeceğini belirtmişlerdir⁷. Aksi bir düşünüş eşin diğer eşi fuhşa tahriki ve hatta rıza gösteren eş erkekse, karısını fahişeliğe itemelesi anlamını taşır.

b) Çoğunluğu teşkil eden ikinci grup, özellikle Grispigni'nin etkisi ile, zinadan önce eşin rızasının hiç bir değer taşıyamayacağı ve şikâyet hakkını önlemeyeceği görüşündedirler⁸. Buna göre, zinanın takibinin şikâyete bağlı oluşu, mağdurun fiilin muhtevasını teşkil eden konu bakımından tasarruf yetkisinin mevcudiyetini de ifade etmez. Bu bakımdan, zira suçu takibi şikâyete bağlı suç olsa dahi, bu suçun ihlâl ettiği menfaat sadece ferdi ilgilendirmediği için, bu konuda mağdurun tasarruf yetkisi yoktur. Mağdurun rızası muteber olmaz. Aynı şekilde bu konudaki rıza, rızanın mevzuu konu-

4) GRISPIGNI, 590

5) GARÇON, Code penal annoté, I, 896, no. 33; 122

6) CALISSE, in PESSINA, Enciclopedia del diritto penale, II, 198

7) CARARA, Programma, III, &. 1918 - PESSINA, Elementi del diritto penale, II, 319

8) GRISPIGNI, 591

sundan da sakattır. Zira böyle bir rıza ahlâka aykırıdır. İtalyan cezacılarının büyük bir kısmı bu görüştedir⁹.

c) Bazı cezacılar da, eşin rızasının, fiili suç olmaktan çıkaracağı görüşündedirler; bu konudaki rızayı muteber saymaktadırlar¹⁰. Buna göre, kanun, zinanın takibini şikâyete bağlı tutmakla, bu suç konusunda mevcut kişise! menfaatleri üstün tutmuş bulunmaktadır. Cezalandırmayı onun rızasına bağlı tutan kanun, genel olarak mağdurun konuya tasarruf yetkisini de kabul etmiş demektir. Kanunun şikâyet hakkını kabul ettiği bir suçun takibini şikâyete bağlı tuttuğu her durumda, tasarruf imkânının mevcut bulunduğu bir mevzu vardır. Bu durumda, kanun her nev'i cezaî hareketi hak sahibinin iktidarına bırakmış demektir.

Türk Ceza Hukuku doktrinine gelince, Dönmezer - Erman da, eşin zina konusunda tasarruf yetkisinin bulunmadığını ve bu bakımdan suç işlenmeden önce eşin beyan edeceği rızanın muteber bulunmayacağını ve şikâyet hakkının ortadan kalkmayacağını beyan etmektedirler¹¹. Aynı şekilde Tosun da, mağdurun muvafakatinin fiili suç olmaktan çıkarmayacağı ve fiilin işlenmesinden sonra şikâyetten vazgeçilebileceği, aksi bir şekilde varılacak sonucun Medenî Kanununun 23. maddesine aykırı olacağı kanaatindedir¹².

Konuyla ilgili Yargıtay kararları çok değişik bir şekilde gelişmiş; suçun işlenmesinden önce muvafakati muteber sayan kararlar olduğu gibi¹³, aksini ileri süren kararlar da çıkmıştır¹⁴. Tetkik konusu Tevhidi İçtihat Kararı bu konuyu sonuca bağlamıştır.

III — Kanaatimiz : Zina suçunun işlenmesinden sonra, eşin zina yapan diğer eşi affetmesinin, şikâyet hakkından feragat teş-

9) RANIERI, Manuale di diritto Penale, Padova 1952, III, 147 - SANTORO, Manuale di diritto penale, I, Torino 1958, 205 - ANTOLISEI; Manuale di diritto penale, I, Milano 1960, 208 - BATTAGLINI, La Querela; Torino 1958; 31

10) FROSALI, Sistema Penale Italiano, II, Torino 1958, 274

11) DÖNMEZER - ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, II, İstanbul 1966, 84 - DÖNMEZER, Umumi Adap ve Aile Nizamı Aleyhine cürümler, İstanbul 1961, 333

12) TOSUN Evvelden zinaya muvafakat ettiğini beyan eden eş sonradan şikâyet ederek takibat yaptırabilir mi? (ABD, 1955, no. 1, s. 614)

13) Yargıtay CGK, 10.1.1949, 299 - 39/45

14) Yargıtay 4. C. D., 6.12.1956, E. 11011/K. 16139

kil edeceği ve bunun mümkün olduğu muhakkaktır. Tevhidi İctihat kararının aksine bir mana ifade eden sözlerine rağmen, şikâyet hakkından feragatin, suçun işlenmesinden sonra mümkün olduğu doktrin tarafından kabul edilmektedir¹⁵. Bu konuda bizim kanunumuzda özel hüküm yoksa da, şikâyet hakkından feragatin uygulanacağı Yargıtayımızca da kabul edilmiştir¹⁶. Şikâyet ettikten sonra vazgeçmenin mümkün olduğu ise kanun hükmüne dayanmaktadır.

Kanaatimizce, şikâyet hakkından feragat ve şikâyetten vazgeçmek de, bir bakıma suç konusu olan korunan menfaat üzerinde tasarruf etmek, tasarruf edebilmek anlamına gelir. Hangi amaçla olursa olsun, kanun bir suçun takibini şikâyete tabi tuttuğu takdirde, suç mağduruna korunan menfaat üzerinde tasarruf yetkisini tanımış demektir¹⁷. Grispigni suçlar'ın şikâyete tabi tutuluşundaki amacı ikiye ayırmakta ve bazı hallerde, devletin o suçun takibinde bir menfaat görmediği için suçun takibini şikâyete bağladığını, diğer haller de ise, özel ve genel menfaatlerin o menfaat üzerinde çatışması ve özel menfaati korumak endişesi takibi şikâyete bağlı suçu yaratmıştır. Zina suçu, bu ikinci nedenle takibi şikâyete bağlı suç durumuna getirilmiştir¹⁸. Kanaatimizce, hangi nedenle olursa olsun, bir suçun takibi şikâyete bağlı tutuldu mu, suç mağduruna o konuda tasarruf yetkisi tanınmış demektir. Bunun inkârına da imkân yoktur. Zira, bilfiil şikâyetten vazgeçme ve şikâyet hakkından feragat, kanunun kendisine muteberiyet tanıdığı bir hukuki tasarruftur. Hukuki sonuç, bu tasarruf noktası üzerinde birikmektedir. Kanunun bu hukukî tasarrufa açıkca imkân tanınması önemli olan konudur. Bunun nedeni, üzerinde durduğumuz konu yönünden etkisizdir.

Kaldı ki, 1930 İtalyan Ceza Kanununun Bakanlık raporunda, evlilik sadakatının kişisel bir durum olduğu ve bu sebeple bu suçun takibinin şikâyete bağlı kılındığı açıkca belirtilmiştir¹⁹. Bu sebeple, eşlerin evlilik bağları konusunda tasarruf yetkilerinin mevcut bu-

15) DÖNMEZER - ERMAN, III, no. 2077 - 2080

16) Yar. CGK. 10.1.1949, 299 - 39/45

17) Rel. Min. sul prog. def., Lav. Pre., V/I, no. 172. Battaglioni de, şikâyet hakkı, kişinin sübjektif bir anme hakkı olarak kabul edilmektedir: bk. BATTAGLINI, 195 ve müt.

18) GRISPIGNI, 592. Aynı görüş için bk. TOSUN, 615

19) Rel. Min. Prog. di un nuov. cod. pen., Lav. Pre., V/II, no. 623

lunduğunu kabul etmek ve suçun işlenmesine rıza gösterilmesi halinde bu rızayı muteber saymak yerinde olur.

Bir suçun takibinin şikâyete bağlı tutulmasına rağmen, o konuda mağdura tasarruf yetkisinin tanınmaması ve bu bakımdan rızasının muteber olunmayacağına söylenilmesi bir çelişmeye düşmek anlamını taşır kanaatindeyiz. Gerçekten, suçun takibinin şikâyete bağlı tutulması devletin hiç bir itelemeye lüzum olmaksızın faille devlet arasında dâva ve ceza münasebeti kurması hakkından feregatini ifade eder. Devletin bu haktan, suçun işlenmesinden sonra feragat etmesini kabul edip, bunu suç daha işlenmezden önceki devrede tanımamak mümkün değildir. Eğer, aile nizamının korunmasının da bu fiilleri suç haline getiren hükümlerle amaç bilindiği kabul ediliyorsa, bu takdirde şikâyet hakkını da bu konuda tanımamak gerekir. Şikâyet hakkını tanıyıp, rızanın imkânsızlığını kabul etmek, aynı konuya bir birine zıt iki netice bağlamak anlamına gelecektir. Kaldı ki, biz Grispigninin ayırımına da iştirak etmiyoruz. Zira, devletin bir fiile ceza vermek hususunda menfaatinin bulunmadığı, bulunup da ceza vermeği şikâyete tabi tuttuğu şeklindeki bir ayırım genel olarak ceza vermek hak ve menfaatinin ana unsurlarına uymaz. Gerçekte her suç bakımından devletin ceza vermek hakkı ve bunda menfaati vardır. Bir fiilin takibinin şikâyete tabi tutuluşu, devletin o konudaki resen takip ve cezalandırma yetkisine, kişisel davranışı üstün görüşünün sonucudur. Bu bakımdan, bir bütün olarak o mevzu, kişinin tasarruf imkânının içine sokulmuştur.

Kaldı ki, kocanın zinası suçu mütemadi bir suçtur. Belirli bir sürenin geçmesinden sonra, her an sona erebilecek durumdadır ve temadinin kesildiği an suç tamamlanmış sayılır. Temadi sonuçlanmadan önce ve fakat devam ederken şikâyet hakkından feragat imkânı tanınmaktadır. Halbuki bu haktan feragat durumunda dahi daha fiil tamamlanmamıştır²⁰. Temadi sona ermeden haktan feragat ile temadi başlamadan rıza arasında hiç bir fark olmamaktadır. Bu iki aynı durum arasında rızaya ayrı ayrı neticeler bağlanması mümkün olmasa gerektir.

Fiilin işlenmesinden önce rızanın muteber sayılmasının umumi adaba aykırı olacağı iddeasına gelince, Bu konuda şahsen şu sonuca varıyoruz : eğer bu konudaki bir rızanın ahlâka aykırı olduğunu

20) Bk. DÖNMEZER - ERMAN, I, no. 467

kabul edecek olursak, suçun takibini de şikâyete tabi tutmamak ve şikâyet hakkından feragat ve şikâyetten vazgeçme imkânlarını da tanımamak gerekir. Şikâyet, şikâyetten feragat, şikâyetten vazgeçme hakları tanınınca, rızayı da muteber saymak şarttır. Zira, suç teşekkül ettikten sonra bu ahlâka aykırı fiile göz yummak anlamına gelen, şikâyet etmemek, feragat ve vazgeçme de aynı ölçüler içinde ahlâka aykırı sayılmak, hatta fiil tamamlandığına göre daha da aykırı kabul etmek icap eder. Ayrıca, bu rızaya hukuki değer tanımamak gerçekte daha ahlâka aykırı bir yol olmaktadır. Zira, eşinin zinasına izin veren, onu bu yola iteleyen kimse, bir bakıma onun işlediği suça iştirak etmiş, onu tahrik etmiş sayılır. Bu şekilde, kusurluluğa iştirak eden, rızasını beyan eden eş, hem suçu doğurucu bir etki yapmakta ve hem de doğumuna sebep olduğu suçun cezalandırılıp cezalandırılmaması konusunda, rızasını beyan etmesine rağmen bir yetki sahibi kılınmaktadır. Hele kocanın zinasının mütemadi suç olduğu düşünülecek olursa, eşin bu konudaki imkânı, zina eden kişilerin bu temadiye son verişlerini takip edecek altı ayın sonuna kadar sürebilecektir. Bu yönden düşünülecek olursa, takibi şikâyete bağlı suçlarda, rızayı muteber saymamak, ahlâka aykırı bir fiili önceden kabul eden ve ahlâka aykırı iradesini beyan eden şahsa, uzun bir süreyle ahlâka aykırı konu üzerinde tasarruf imkânını tanımak anlamına gelecektir. Bu imkân, şikâyet sonucunda cezalandırılabilen kişilerle, şikâyet hakkı sahibi arasında ahlâka aykırı yeni anlaşmalara ve hak sahibine bir tehdit imkânı da vermiş olacaktır.

Netice itibariyle, genel olarak, takibi şikâyete bağlı suçlarda, hak sahibinin mutlak tasarruf yetkisinin bulunduğu ve fakat mağdurun rızasından bahsedebilmek için, suçun takibinin şikâyete bağlı olmasının şart olmadığı görüşündeyiz. Diğer bir deyişle, takibi şikâyete bağlı olmayan suçlarda da rıza muteber olabilir ve fakat aksi, yani şikâyete bağlı suçta rızanın muteber olmaması düşünülemez. Bunun sonucu olarak, kocanın zinası suçunda, fiilin işlenmesinden sonraki rıza anlamına gelen şikâyetten vazgeçme ve feragat.

fiili hukuka uygun hale getirmez ve fakat takibini önler Buna karşılık, fiilin işlenmesinden önceki rıza, mağdurun rızası sayılır ve eşin artık şikâyet hakkı kalmaz. Sadece mağdurun rızasının sarih veya zımnı bir şekilde ortadan kalkmasından sonra fiilin temadi etmesi halinde bundan sonraki fiilin suç teşkil edeceğini kabul etmek gerekir.

Doç. Dr. Çetin ÖZEK